

# LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO LABORAL

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y TRABAJADORES EXTRANJEROS: ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN RELACIÓN CON LOS PERMISOS DE TRABAJO

**Manuel Correa Carrasco**

*Universidad Carlos III de Madrid*



NO de los principales parámetros para medir el nivel de desarrollo de un Estado de Derecho es, sin duda, la efectividad de su sistema de protección jurídica de los derechos fundamentales. La disponibilidad de un conjunto de instrumentos jurídicos que garantice a sus titulares el respeto de sus derechos llena de contenido las que, de otro modo, serían huérfanas declaraciones de buenos propósitos. La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), acorde con la evolución actual del constitucionalismo moderno, heredero de una amplia tradición en el establecimiento de controles a la actuación de los poderes públicos, establece un completo sistema de garantías jurisdiccionales que, en manos de los particulares, concretan y hacen efectivos todos los derechos que les vienen reconocidos previamente.

Constituye una discusión inacabada el hecho de si la titularidad de los derechos fundamentales corresponde a todas las *personas* o, por el contrario, es posible distinguir, en función de su contenido, entre los que van dirigidos a todos (identificados con los más esenciales) y los que sólo se dirigen a los *ciudadanos*, es decir, a los nacionales. Para los defensores de esta segunda tesis, únicamente el último grupo sería merecedor de la denominación «derechos fundamentales», siendo el resto una mera manifestación del fenómeno de positivación a nivel interno de los derechos humanos. Como argumento principal en su apoyo traen a colación la diversidad terminológica que emplea el constituyente: *todos o todas las personas*, en un caso, y *los ciudadanos o los españoles*, en otro.

Independientemente de las razones esgrimidas en uno u otro sentido, así como de la valoración que merezcan las mismas, lo cierto es que hoy día se ha admitido una interpretación de la CE, ampliamente compartida y consagrada por el Tribunal Constitucional (TC), favorable a la distinción entre nacionales y extranjeros en relación con la titularidad de los derechos fundamentales en ella reconocidos. De este modo, habría una serie de derechos que, sin ser negados totalmente a los extranjeros, sufrirían una notable modulación, consecuencia obligada de ir dirigidos prioritariamente a los nacionales. Esta interpretación está avalada, además del aludido argumento terminológico, por el artículo 13 CE, que otorga a la ley y al tratado internacional un papel modalizador que, aunque limitado y variable, permitiría introducir aspectos diferenciales en el desarrollo infraconstitucional del régimen jurídico de los derechos fundamentales en relación con los extranjeros.

En relación con el derecho al trabajo y, sin perjuicio de los matices resultantes de la aplicación, en su caso, del principio de reciprocidad, dicha modulación se ha concretado en el régimen establecido, principalmente, por la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, en adelante, LOE) y en su Reglamento de ejecución (aprobado por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo). La valoración que pueda hacerse de dicho régimen jurídico habrá de contemplar, conjuntamente, los aspectos concernientes al contenido de los derechos sustantivos reconocidos, pero no hay que olvidar la necesidad de que, paralelamente, se arbitren los instrumentos necesarios para que esos derechos sean efectivos. Ambos aspectos, derechos sustantivos y garantías de efectividad, constituyen elementos imprescindibles a tener en cuenta a la hora de valorar adecuadamente la posición jurídica del trabajador extranjero.

Características principales de dicha posición jurídica son, desde el punto de vista sustantivo, la constatación de una desigualdad de trato en relación con los nacionales a la hora del acceso al empleo, y desde el punto de vista formal, el importante papel de la Administración, cuya intervención, motivada por razones fiscalizadoras (control del mercado de trabajo y control «policial» de la entrada de extranjeros), se articula en torno a la concesión y mantenimiento del permiso de trabajo. Siendo formalmente una autorización, su carácter preceptivo hace que las vicisitudes que puede atravesar la situación del trabajador extranjero estén decisivamente conectadas con la actuación administrativa (que se puede concretar en concesión, denegación, renovación, anulación de dicha autorización). Las repercusiones que pueden dimanar de dicha actividad sobre los derechos del trabajador extranjero no sólo afectan a su esfera jurídico-laboral, sino también a los derechos inherentes a su propia personalidad. No en vano, desde la perspectiva de la Administración, una y otra condición forman un todo inescindible en recíproca interdependencia. La legalidad o ilegalidad de la situación del extranjero en nuestro país va a depender, en gran medida, de la obtención del permiso de trabajo, y sólo los «legales» son titulares de los derechos reconocidos a los extranjeros. En consecuencia, los «ilegales», es decir, aquellos a los que se les ha denegado el preceptivo permiso de trabajo, ven disminuidas considerablemente sus garantías jurídicas, lo que acontece paralelamente a un ensanchamiento de las potestades de la Administración. Si tenemos en cuenta que esta nueva amplitud de las potestades administrativas trae causa de una actuación de la propia Administración, la precariedad de la posición jurídica del extranjero es manifiesta.

Sin embargo, paradójicamente esta enorme incidencia de la actividad administrativa no se ha traducido en un consecuente fortalecimiento de la posición jurídica del trabajador extranjero. Antes al contrario, y a pesar de que el legislador es consciente de la necesidad de dotar al ejercicio de los derechos reconocidos a los extranjeros de las «mayores garantías jurídicas» (preámbulo de la LOE), el derecho al trabajo del extranjero ha quedado prácticamente reducido al régimen jurídico del permiso de trabajo. Aunque la LOE (art. 18) no realiza una atribución de potestades discrecionales a la Administración, será el RE (arts. 35-37) el que lo haga, si bien manteniendo algunos límites. De este modo, se puede decir que el proceso de concesión, denegación o prórroga del permiso de trabajo es semirreglado, es decir, la discrecionalidad no es total sino sólo parcial, pudiéndose distinguir entre elementos discrecionales y reglados.

Ello no obstante, la actuación de la Administración es prácticamente incontrolable, a consecuencia de lo que la doctrina ha denominado «reforzamiento fáctico de la posición de la Administración». Tres razones avalan esta afirmación. En primer lugar, la discrecionalidad que se le reconoce supone, de por sí, un ámbito de libre apreciación de los requisitos concurrentes para la concesión del permiso de trabajo, y, lo que es más patente, cualquier causa puede ser traída a colación para fundamentar la no concesión del permiso [art. 37.4, f) RE]. El hecho de que el procedimiento sea reglado no desvirtúa la conclusión: la resolución final es discrecional. En segundo lugar, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados en la configuración de los presupuestos de hecho de las normas, tales como «situación nacional de empleo» [art. 37.4, a) RE], a pesar de que requieran ser concretados sobre hechos determinantes, lo que los distingue de los llamados «indiferentes jurídicos», no evita un evidente grado de flexibilidad en la labor interpretativa de la Administración, difícilmente controlable, *a posteriori*, por los tribunales. En tercer lugar, este tipo de procedimientos, al ser calificados de especiales, se sustraen de la Ley de Procedimiento Administrativo (tít. IV), lo que se traduce, en concreto, en la elusión del trámite de audiencia al interesado (sólo previsto en caso de anulación del permiso de trabajo, art. 37.5). La reducción de las garantías es obvia, al eliminarse la posibilidad de contradicción.

En definitiva, a pesar de que la discrecionalidad de la Administración en la materia no sea plena, es obvio que desborda los cauces previstos, toda vez que su posición se ve claramente reforzada de forma indirecta. Como veremos en las sentencias que pasamos a comentar, las repercusiones que de ello se deducen se van a concretar en una considerable disminución de la eficacia de los controles a que, necesariamente, debería someterse toda actuación administrativa. El hecho de que estos controles sean meramente virtuales es especialmente criticable, si tenemos en cuenta que el recorte efectivo de las garantías jurisdiccionales se va a sumar a la, ya de por sí, precaria posición jurídica de este colectivo.

Recientes pronunciamientos jurisprudenciales han puesto en evidencia las deficiencias señaladas. En su conjunto son ilustrativos del excesivo protagonismo de la Administración, propiciado por un régimen jurídico, básicamente de naturaleza reglamentaria, que efectúa amplias concesiones a una discrecionalidad casi ilimitada. El papel de la jurisprudencia, por su parte, va a consistir en un continuo intento de corrección de los abusos en que frecuentemente incurre la actuación administrativa. Ello no obstante, tal labor

no está exenta de obstáculos que provienen, precisamente, de la dificultad de someter a un examen jurídico adecuado una serie de decisiones que aparecen amparadas bajo el halo de una, explícita o implícita, potestad discrecional. En las sentencias que a continuación se comentarán, es posible distinguir tres perspectivas distintas desde donde puede comprobarse los efectos de dicha discrecionalidad. De este modo, veremos cómo desde el examen de una hipotética vulneración de los principios de igualdad y de presunción de inocencia, se ponen de relieve las dificultades del juzgador a la hora de someter a control las decisiones sancionatorias adoptadas por la Administración. Por último, en íntima conexión con la discrecionalidad aludida, se examinará la problemática que introduce la presencia de los conceptos jurídicos indeterminados, sobre todo cuando están presentes en normas que, potencialmente, pueden provocar actuaciones administrativas limitativas de derechos.

Mediante el cauce del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales (Ley 62/1978), se van a articular las correspondientes demandas en torno a dos artículos de la CE: el 14 y el 24. Efectivamente, hipotéticas vulneraciones del principio de igualdad, por un lado, y del principio de presunción de inocencia, por otro, van a permitir el acceso a los tribunales por esta vía cualificada. Los supuestos de hecho origen de casi todas las controversias jurídicas consistirán en la impugnación de expedientes sancionatorios de expulsión del territorio nacional, incoados como consecuencia de la realización de una actividad laboral por trabajador extranjero sin permiso. Dicha conducta y su correspondiente sanción están tipificadas en el artículo 26.1, b) LOE, lo que no obsta para que, como se verá, su aplicación sea problemática, principalmente debido a la discrecionalidad con la que queda investida la Administración, por la redacción del citado precepto en relación con las consecuencias jurídicas (sanciones) que del mismo se derivan (en concreto, la frase «Los extranjeros *podrán* ser expulsados...»).

En relación con el principio de igualdad, los asuntos que se van a someter a consideración de los tribunales versarán sobre una supuesta actuación discriminatoria de la Administración, consistente en la utilización concurrente de diversos criterios sancionadores a la hora de penalizar infracciones similares. El enjuiciamiento del tribunal deberá limitarse, por tanto, a la valoración de los correspondientes términos de comparación (las infracciones), una vez aislados y calificados como idóneos a tales efectos. De tal valoración se deducirá la existencia o no de justificación objetiva y razonable en la actuación administrativa. Sin perjuicio de la importancia de este examen con

base al principio de igualdad, objeto, por otra parte, del acceso privilegiado a los tribunales conseguido por los asuntos en cuestión, lo que verdaderamente interesa destacar de ellos es el alcance de la discrecionalidad de la Administración, así como la dificultad de que sus decisiones sean controladas jurisdiccionalmente.

En la STS (Contencioso-Administrativo) de 2 de julio de 1993 (Repertorio Aranzadi 5478), se cuestiona, en base al principio de igualdad, la procedencia de una expulsión dictada por un Gobierno Civil contra un trabajador extranjero por trabajar sin permiso de trabajo, teniendo en cuenta que anteriormente, y por los mismos motivos, había impuesto sanciones inferiores, concretamente, multas. La alegada desigualdad de trato es desvirtuada por el TS que, estimando el recurso del Abogado del Estado contra la sentencia del TSJ que había declarado la existencia de discriminación, afirma la concurrencia de diferentes términos de comparación. Dichos términos se refieren a la actividad laboral de los sancionados, que era diversa en uno y otro caso: una consistía en la captación de clientes para un «pub» y la otra, en la captación de clientes para multipropiedad. La «menor importancia y transcendencia en el ámbito laboral nacional» de la primera de las actividades sería suficiente para justificar una diferencia de trato, y, por tanto, la imposición de una sanción cualitativamente mayor al trabajador que se dedicaba a la segunda de las actividades descritas.

En parecidos términos se resuelven las cuestiones planteadas en las SSTS de 28 y 29 de octubre de 1993 (Actualidad Laboral 15 y 33, respectivamente). Sin embargo, en ambos supuestos existe un matiz diferencial en relación con el anteriormente examinado que es necesario destacar: la actividad no es ahora similar, sino idéntica. Las sanciones, no obstante, son bastante diversas: expulsión, en un caso, y multa, en otro.

Efectivamente, estas últimas sentencias, más recientes, suponen un nuevo «giro de tuerca» en la libertad que goza la Administración para la apreciación de criterios a tener en cuenta en la valoración de las conductas infractoras y, consecuentemente, para imponer la sanción que se considere oportuna. El hecho que justificaba la desigualdad de trato en el supuesto examinado en la sentencia anterior, es decir, la diferencia de actividad desarrollada por el sujeto infractor, concretada en su diversa transcendencia para «el ámbito laboral nacional», en los casos ahora considerados, desaparece por completo: las actividades son las mismas. No hay, por tanto, una «diversidad de situaciones, fundada en causa objetivamente bastante» que justifique «la diversidad de trato» (STS 2 de julio de 1993, fundamento jurídico 2.º). Sin embargo,

la imposición de sanciones diversas (expulsión-multa), inexplicablemente, no atenta, ahora tampoco, contra el principio de igualdad. La razón esta vez se reduce a constatar que, habiéndose endurecido el criterio sancionador utilizado por la Administración «a partir de un determinado momento» (STS 29 de octubre de 1993), los términos de comparación empleados por el demandante son inidóneos, pues se refieren a un momento anterior a ése. Con ello, el examen en relación al principio de igualdad había concluido. El hecho de que en la sentencia se justifique el endurecimiento de las sanciones por parte de la autoridad gubernativa, «ante la proliferación de la actividad... y en evitación de que tal actividad se siguiera produciendo», es una valoración superflua, pues podría haber sido cualquier otra.

Las razones esgrimidas para que tal malabarismo jurídico sea posible suponen, definitivamente, un implícito reconocimiento de la impotencia de los tribunales para controlar la actividad de la Administración en la materia, con el agravante de que estamos ante una genuina manifestación de su potestad sancionadora, donde la tipificación de las conductas infractoras y de sus correspondientes sanciones debe (debería) ser uno de los presupuestos insoslayables. Dichas razones se resumen en el hecho de que, a pesar de referirse a la misma actividad, la Administración no queda vinculada por sus resoluciones sancionadoras anteriores y, por tanto puede cambiar sus criterios en función de las circunstancias concurrentes y, cuando lo considere oportuno, imponer sanciones más graves. La constatación de cuáles sean esas circunstancias que deban concurrir, así como su valoración a la hora de decidir la oportunidad de un endurecimiento punitivo, queda al puro arbitrio de la autoridad competente, es decir, ajena a todo posible control externo. Esto es evidente si tenemos en cuenta que la causa habilitante justificativa de los cambios de criterio en orden al rigor sancionador, no vienen preestablecidos por norma alguna. Las expresiones como «proliferación de la actividad» (STS 1 de junio de 1993 y 28 y 29 octubre de 1993, por un lado), y otras como «que aconsejaba esa severidad» (STS 28 de octubre de 1993), «en evitación de que tal actividad se siguiera produciendo» (STS 29 de octubre de 1993) o «que aconsejaban razonablemente sanciones más severas» (STS 1 de junio de 1993), no forman parte, respectivamente, ni del presupuesto de hecho, ni de las consecuencias jurídicas, de ninguna tipificación establecida en norma sancionatoria. Su misma vaguedad no lo permitiría. Son simplemente apreciaciones subjetivizadas de conductas y de actuaciones de oportunidad, propias de un actuar discrecional, cuando no

arbitrario, que no se compagina con los imperativos exigidos por el principio de legalidad (tipicidad) que informa al Derecho Administrativo sancionador.

En este sentido es sumamente ilustrativa la doctrina aportada por la STC 116/93, de 29 de marzo, que enjuiciando la constitucionalidad de normas reglamentarias de carácter sancionador en materia de extranjería (en concreto, el artículo 29 del Decreto 522/1974, que preveía la sanción de expulsión), en relación con el principio de legalidad y tipicidad (art. 25.1 CE), concluye salvando la norma desde la perspectiva del principio de legalidad, a pesar de la inobservancia de la reserva de ley, por tratarse de una norma pre-constitucional, pero admite el reproche de inconstitucionalidad que se alegaba en base a la falta de tipicidad de las conductas sancionadas, habida cuenta la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en la descripción del presupuesto de hecho de la norma. En este orden de ideas, se argumentará que «el principio de legalidad no somete al ordenamiento sancionatorio administrativo sólo a una reserva de Ley, sino que conlleva igualmente una garantía de orden material y de alcance absoluto que se traduce en la *imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y el grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa*».

También en torno a sanciones de expulsión como consecuencia de realizar una actividad sin el preceptivo permiso de trabajo [art. 26.1, b) LOE], y con idéntica vía de acceso jurisdiccional (Ley 62/1978), pero ahora mediante la alegación de vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), nos encontramos con dos sentencias relevantes del TS (Contencioso-Administrativa), una con fecha 26 de junio de 1993 y otra de 25 de noviembre de 1993 (AL 1233/1993 y 343/1994, respectivamente). Aparte de éstas, en algunas de las anteriormente examinadas en relación al principio de igualdad, también se aducía, simultáneamente, violación del principio de presunción de inocencia (en concreto, en las SSTs de 1 de junio de 1993, 28 y 29 de octubre de 1993).

Con carácter general, todas las sentencias citadas parten del reconocimiento de la extensión «al campo del Derecho Administrativo Sancionador» del derecho a la presunción de inocencia, motivado por constituir, «junto con el Derecho Penal, manifestaciones del Ordenamiento Punitivo del Estado». Consecuencia de ello, y del carácter *iuris tantum* de la presunción, es necesario,



y posible, que la presunción quede desvirtuada, para lo cual es necesario que medie la correspondiente «actividad probatoria de cargo con fuerza suficiente para destruir dicha presunción».

En lo que se refiere a los supuestos concretos que se contemplan en las respectivas sentencias, se deduce que la actividad probatoria no sólo debe ser suficiente, sino también debe incorporarse al expediente instruido, pues sólo así podrá ser objeto de control posterior. La actividad probatoria se considera suficiente siempre y cuando se llegue al convencimiento irrefutable de que «el hecho determinante de la sanción —trabajar en España sin haber obtenido el correspondiente permiso de trabajo— ha quedado evidenciado» (STS 28 de octubre de 1993). Dicha evidencia se obtiene, normalmente, mediante la consideración conjunta del informe policial y la confesión del trabajador extranjero (SSTS 1 de junio de 1993 y 28 de octubre de 1993), a la que a veces se une el acta levantada por la Inspección de Trabajo. Cuando esto no ocurre, es decir, cuando «ni en el expediente administrativo, ni en fase jurisdiccional, se había desplegado una mínima actividad probatoria por la Administración» (STS 25 de noviembre de 1993), es obvio que no puede entenderse destruida la presunción de inocencia pues no hay constancia de la concurrencia del «hecho determinante de la sanción» (STS 28 de noviembre de 1993), o «elemento configurador del tipo» (STS 25 de noviembre de 1993).

Menor claridad, sin embargo, se desprende de los supuestos en los que se considera que la simple «actuación de los funcionarios de policía» constituye «prueba de cargo suficiente para destruir esa presunción» (STS 29 de noviembre de 1993). Tampoco puede completarse esa deficiencia, mediante el hecho de que «el expedientado (no) haya articulado prueba alguna» (STS 29 de noviembre de 1993), puesto que mediante tal aseveración, que supone una inversión de la carga de la prueba, lejos de completar la deficiencia anteriormente aludida, lo que se hace es evidenciarla más nitidamente.

Lugar destacado dentro de este grupo de sentencias referidas a la presunción de inocencia, en los supuestos de expulsión por carecer de permiso de trabajo, ocupa la STS de 26 de junio de 1993, por la curiosa doctrina que viene a establecer al respecto. Efectivamente, del mismo modo que en los anteriores casos expuestos se partía de un expediente de expulsión con base en el artículo 26.1 b) LOE, es decir, por desarrollar un actividad laboral sin el preceptivo permiso de trabajo. Los matices diferenciales, en teoría poco relevantes a estos efectos, consistían en que se trataba de una actividad por cuenta propia (odontología), por un lado, y que en el momento de decidirse

la expulsión, estaba en pendencia la resolución de un recurso contra la denegación del permiso de trabajo que se había solicitado en su día. Pues bien, teniendo en cuenta estos antecedentes, la sentencia de instancia (Audiencia Nacional), mediante una particular interpretación del principio de presunción de inocencia, estima el recurso interpuesto. Dicha interpretación consiste en no considerar, como elemento que pueda desvirtuar la presunción de inocencia, el hecho de que no se disponía del permiso de trabajo, toda vez que había una situación de pendencia (la dimanante de la interposición del recurso contra la denegación de aquél), que establecía una duda sobre «la legalidad del hecho determinante de la sanción» (fundamento jurídico 1.º). Para concluir, efectúa una valoración entre dos presunciones: una, «la presunción de validez y ejecutividad inmediata de los actos que deniegan el permiso de trabajo»; otra, la presunción de inocencia. Estableciendo con ambas una proposición disyuntiva, la necesidad de optar entre una y otra hace que la balanza se incline hacia el lado de la presunción de inocencia, que debe prevalecer, puesto que «aquella presunción de validez se basa en una norma ordinaria mientras que esta última constituye un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, luego más fuerte y enérgico» (fundamento jurídico 1.º).

La doctrina no ha tardado en calificar de «cuestionable» la tesis de la sentencia de instancia (no debatida por la del TS, por impedirlo un defecto formal en el *petitum* de la apelación efectuada por el Abogado del Estado), habida cuenta de que la conducta típica descrita en el artículo 26.1, b), es decir, trabajar sin permiso, concurría en el supuesto examinado. La duda sobre la ilegalidad, entonces, no debe referirse a la conducta sancionada, que es inequívoca, sino que habría de recaer sobre la denegación del permiso. Pero son las consecuencias de la doctrina sentada por esta sentencia las que verdaderamente provocarían perplejidad, al posibilitar que un trabajador extranjero pueda trabajar «legalmente» en España, simplemente recurriendo a la denegación de su permiso de trabajo, si no fuese por la condescendencia que provoca el tener que soportar un largo período de pendencia (el necesario para la resolución de un contencioso-administrativo), sin medios vitales de subsistencia.

Un último grupo de sentencias a considerar en relación con la discrecionalidad que rodea al régimen jurídico del permiso de trabajo es el compuesto por aquellas que tratan el problema de la presencia de conceptos jurídicos indeterminados en la configuración de los presupuestos de hecho de las normas. En concreto, se examinará aquel aspecto del régimen jurídico

del permiso de trabajo donde mayor incidencia produce la utilización por el legislador de este tipo de términos, es decir, en la denegación del mismo. Efectivamente, en el artículo 37.4 RE se establece que la Autoridad Laboral estará facultada para denegar el permiso de trabajo: «a) Cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral...».

Por tanto, será la situación nacional de empleo el concepto jurídico indeterminado que nos servirá de modelo para evaluar las repercusiones de la utilización de este tipo peculiar de términos, así como su idoneidad como criterio determinante para la concesión o denegación de los permisos de trabajo.

Ante todo hay que dejar claro que los conceptos jurídicos indeterminados no deben ser considerados como una manifestación más de la discrecionalidad administrativa, aunque sus efectos sean concomitantes a los de ésta. Mientras que la potestad discrecional, entendida como concepto opuesto a potestad reglada, significa la disponibilidad por parte de la Administración correspondiente de un espacio de libre decisión, donde una decisión puede recaer entre varias soluciones alternativas, todas ellas igualmente justas, en relación con el concepto jurídico indeterminado sólo cabe una solución justa: aquella que proviene de su concreción. Efectivamente, tratándose de conceptos no cuantificables o mesurables, su concreción corresponde a la propia Administración; pero eso no significa que goce de absoluta libertad en dicha tarea. Antes al contrario, debe haber constancia de los elementos utilizados a tal fin, de forma que haya posibilidad de establecer un control jurisdiccional *a posteriori*. En este sentido, es clarificadora la doctrina contenida en una reciente sentencia del TS, en concreto, la STS de 18 de mayo de 1993. En ella se discutía el alcance de la discrecionalidad administrativa en materia de dispensa de la concesión de visados (art. 5.4 RE), y sobre todo, el modo en que debería ser valorado el concepto jurídico indeterminado introducido en su presupuesto de hecho. De este modo se argumentará que «la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que aquélla viene obligadas a la única decisión correcta después de valorar los hechos acreditados, y, en consecuencia, no se está, en el caso que nos ocupa, ante una potestad discrecional sino ante el deber de otorgar la dispensa del visado si se dan tales circunstancias excepcionales» (fundamento jurídico 4.º).

En relación con el concepto de situación nacional de empleo, la aludida distinción puede comprobarse en el propio precepto en el que aparece, donde

se aprecia una doble función encomendada a la Autoridad Laboral: por un lado, la concreción del concepto jurídico indeterminado, que aportará unos datos que habrá que tener en cuenta como elemento de referencia prioritario. Pero al mismo tiempo, y por otro lado, se otorga a la Autoridad Laboral una potestad discrecional, consistente en valorar, *a su juicio*, los datos obtenidos y, finalmente, decidir en consecuencia.

Como se decía, la unión de un concepto jurídico indeterminado con una atribución de un potestad discrecional produce efectos concomitantes que agudizan los problemas derivados de la discrecionalidad, entendida en términos genéricos. Señaladamente, el resultado más ostensible es, sin duda, la mayor grado de incertidumbre que ocasiona al afectado y, al mismo tiempo, la disminución de las posibilidades de control jurisdiccional de las decisiones. En todo caso, como no podría ser de otra manera, la impunidad no es absoluta: conforme la jurisprudencia ha venido señalando, el juicio valorativo no es puramente discrecional, sino fundado en el concepto jurídico indeterminado, el cual debe acreditarse so pena de que se declare indefensión (art. 24.1 CE).

Entre los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, es la STS de 9 de julio de 1993 (RA 5630) la que de forma más directa trata la cuestión de la situación nacional de empleo como causa denegatoria del permiso de trabajo. El supuesto de hecho que contempla la sentencia es el siguiente: un odontólogo argentino solicita permiso de trabajo que le es denegado en base al artículo 37.4, a) RE, es decir, por desaconsejarlo la situación nacional de empleo; ante tal resolución, interpone recurso mediante el cauce jurisdiccional de la Ley 62/1978, alegando vulneración del principio de igualdad, ya que en otros casos idénticos (misma nacionalidad y profesión en relación a un mismo ámbito geográfico) se había concedido el permiso. El TS desestima el recurso por faltar un término de comparación que permita realizar el juicio sobre una actuación supuestamente discriminatoria, puesto que «no hay constancia en autos de si en el momento del otorgamiento del permiso» en los anteriores supuestos, «concurrían las mismas circunstancias en la situación nacional de empleo, relativa a esa categoría profesional que las existentes en el momento de la denegación al actor». En todo caso, concluirá la sentencia, de haber concurrido las mismas circunstancias de empleo en los supuestos que se traen a colación para efectuar el juicio comparativo, tampoco en esta hipótesis tendría éxito la pretensión del recurrente por fundarse en resoluciones ilegales, haciendo «inútil la invocación del artículo 14 de la Constitución, que no puede servir para extender los efectos de la ilegalidad».

Esta última aseveración es bastante discutible si no fuera hipotética, y, por serlo, es evidentemente superflua. El hecho de que no quepa pedir la igualdad en la ilegalidad necesita, como presupuesto indispensable, la correspondiente declaración de ilegalidad emitida por órgano competente. En ningún caso puede ser fruto de una estimación subjetiva del juzgador y, mucho menos, ser utilizada como contraargumento válido ante quien basa su pretensión en unos actos indubitadamente legales, máxime si tenemos en cuenta la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos. En conclusión, es evidente que el razonamiento aludido podría haber sido ahorrado, ya que no sólo no aporta nada nuevo al juicio, sino que, por el contrario, introduce elementos de confusión en una materia, de por sí, nada clara.

En el examen del fondo, lo verdaderamente interesante era constatar la concurrencia de los elementos del presupuesto de hecho, que habilitan a la Autoridad Laboral para denegar un permiso de trabajo. En concreto, habría que enjuiciar, en uno y otro caso, la valoración que la Administración hace en relación a la situación nacional de empleo, único modo de poder comprobar, con posterioridad, si la resolución objeto de examen ha sido discriminatoria.

Según hemos señalado anteriormente, la discrecionalidad con que cuenta la Autoridad Laboral en la materia, siendo bastante elevada, no es plena. El artículo 37.4, *a* RE no puede otorgar una patente de corso a la Administración, en el sentido de que sus decisiones sean, de hecho, incontrolables. La conjunción de un concepto jurídico indeterminado y de la atribución de una valoración discrecional sobre el mismo no significa que no exista alguna posibilidad de control de la actuación administrativa. La situación nacional de empleo, aun siendo un concepto jurídico indeterminado, debe acreditarse, es decir, concretarse sobre hechos. A partir de estos hechos, consistentes en informes técnicos de organismos especializados (INEM, entre otros), la resolución denegatoria debe efectuar su motivación, condición indispensable para que, en su caso, pueda ser sometida a control jurisdiccional.

En la sentencia que comentamos se entra en el análisis de la valoración efectuada por la Autoridad Laboral, llegando a la conclusión de que, efectivamente, el concepto jurídico indeterminado ha sido oportunamente precisado, al comprobar que ha sido evacuado un informe («una certificación de la Delegación Provincial de Trabajo») que demuestra la existencia de demandantes de empleo en la actividad para la que se solicitaba el permiso. De este modo, la denegación se encuentra justificada por la situación nacional

de empleo, «lo que acredita que fue correcta la aplicación de la Ley de Extranjería».

En conclusión, el juzgador estima suficientemente contrastado el cumplimiento del presupuesto de hecho habilitante para la denegación del permiso solicitado, tal y como se desprende de la motivación de la resolución impugnada. Sin embargo, la motivación tenía como único fundamento «una certificación de la Delegación Provincial de Trabajo». ¿Puede decirse que este simple documento constituya prueba suficiente para fundar la denegación del permiso de trabajo? Ante la indeterminación de la norma habilitante, inexpresiva del *quantum* de la prueba, es preciso recurrir a otros parámetros interpretativos para responder a la cuestión planteada.

De entrada hay que partir del dato obvio de la independencia del juzgador a la hora de someter a control la decisión administrativa. Los informes que puedan ser evacuados, que normalmente proceden de otras instancias administrativas (señaladamente, el INEM), son elementos fácticos constitutivos de la prueba necesaria para verificar el contenido del concepto jurídico indeterminado, toda vez que ha sido descartada la validez de su simple invocación genérica. El problema, por tanto, se reduce a la apreciación de la suficiencia de la prueba, es decir, a la determinación, cualitativa y cuantitativa, de los elementos fácticos necesarios que puedan fundamentar la convicción jurídica de que verdaderamente concurre el presupuesto habilitante. Esta labor valorativa, indudablemente, corresponde al juez, que deberá traer a colación aquellos criterios interpretativos que estime oportunos, sin que, por supuesto, esté obligado a compartir la apreciación efectuada por la Administración, bajo el argumento de que ésta sea discrecional. No en vano, está en juego la necesidad de evitar la indefensión, uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución que no suscitan duda acerca de su aplicabilidad a los no nacionales.

Como punto de partida, el juzgador ha de tener en cuenta el significado de la denegación del permiso de trabajo. A diferencia de una resolución en otro sentido, la denegatoria supone una limitación de derechos. No sólo impide que el trabajador extranjero desarrolle una actividad laboral en nuestro país sino que, además, su carencia le impide la residencia. Teniendo en cuenta esta transcendencia, se explica la insistencia que, de otro modo, sería redundancia, del artículo 52.3 RE en que la resolución denegatoria del permiso de trabajo se encuentre *debidamente motivada*. Sólo de este modo se podrán satisfacer las exigencias impuestas por el sistema de garantías constitucionalmente instaurado.

Por otra parte, es necesario precisar que, a pesar de todo (desempleo masivo), la regla general sigue siendo la concesión del permiso, que, al tener como fin el favorecimiento de la circulación internacional de la mano de obra (según repetidas declaraciones recogidas en instrumentos internacionales), sólo puede ser excepcionada (denegando el permiso) cuando lo imponga un fin que se entiende superior: no perjudicar la mano de obra nacional. Teniendo en cuenta estas consideraciones, utilizables a modo de parámetros generales, en cada caso particular es necesario comprobar la existencia efectiva de un excedente de mano de obra en el sector y ámbito concretos. Sólo así podrá entenderse adecuadamente determinado el concepto de situación nacional de empleo y, en consecuencia, será correctamente utilizado como presupuesto habilitante de una resolución denegatoria.

Evidentemente, no puede resultar satisfactoria, en este sentido, la conformidad que se deduce del relato jurídico contenido en la sentencia comentada. El hecho de disponer de «una certificación de la Delegación Provincial de Trabajo» que, además aporta como único dato decisivo la constatación de la existencia de un demandante de empleo inscrito para esa misma actividad y ámbito geográfico (además de otros ocho que, a nivel nacional, estarían dispuestos a trasladarse), no puede considerarse suficiente para llegar a la convicción de que la situación nacional de empleo sufriría perjuicio y, para evitarlo, se debe estimar procedente, por ajustada a Derecho, la denegación del permiso solicitado.

Una valoración de conjunto de la jurisprudencia examinada permite comprobar la fragilidad de la posición jurídica de los trabajadores extranjeros en nuestro país. Lejos de las grandes declaraciones contenidas en los Tratados internacionales sobre la materia (ratificados todos ellos por España), la realidad cotidiana muestra hasta qué punto son susceptibles de ser desvirtuados los principios en ella contenidos. La actuación de la Administración, protagonista indiscutida en el proceso de aplicación concreta de nuestro derecho de extranjería, es digna muestra de la aludida precariedad. Podría decirse que entre aquellas grandes declaraciones de principios y las resoluciones administrativas, pasando por la Constitución, LOE y RE, se constata un itinerario claramente descendente en orden a la valoración de los derechos integrantes de la esfera jurídica del trabajador extranjero. La posibilidad de una modulación en el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales, aunque pueda justificarse desde ciertas perspectivas, no debe conducir a situaciones de denotable discriminación. Deben establecerse límites que acordonen, dentro del ámbito de lo razonable, el conjunto de las diferencias jurídicas entre nacionales

y no nacionales, todo ello bajo el parámetro, a veces olvidado, de que la tendencia debe dirigirse hacia la equiparación.

Uno de esos límites viene constituido, sin duda, por el necesario reconocimiento a todos, ciudadanos o no, de un sistema de protección jurídica necesario para la garantía del ejercicio de sus derechos. El derecho a la tutela judicial efectiva, concretado en la posibilidad de acceso a instancias jurisdiccionales, debe ser un mínimo común denominador indiscutible para todas las personas. De otro modo, sería inútil el reconocimiento de un elenco más o menos amplio de derechos, ya que su efectividad sería nula.

Por su parte los jueces y tribunales deben tomar consciencia de que son ellos los garantes de los derechos fundamentales, para lo cual deben someter a la actuación administrativa a un control efectivo. En dicho empeño no caben renunciaciones *a priori* que, fundamentadas en los amplios márgenes discrecionales de que dispone la Administración, conduzcan a un implícito reconocimiento de su total impunidad. La responsabilidad de la existencia de dichos ámbitos desmesurados de discrecionalidad corresponde principalmente al legislador, que es quien efectúa la atribución, consciente o no, de potestades de esta naturaleza.

Pero la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos es un mandato constitucional (9.2 CE) dirigido al poder judicial, del que no cabe hacer dejación. Los controles sobre las actuaciones administrativas no pueden ser meramente virtuales, máxime cuando se trata, como en los supuestos examinados, de actuaciones potencialmente limitativas de derechos o sancionadoras. La inobservancia por parte del legislador de las exigencias que dimanen del principio de legalidad, principalmente acusadas cuando se refieren al ejercicio del poder sancionador por parte de la Administración, no deben ser óbice para que los jueces lleven a cabo la función que la Constitución les encomienda. Antes al contrario, en relación con la protección de derechos fundamentales, y más afectando a colectivos especialmente desprotegidos, sus esfuerzos por garantizarlos deben, en la medida de lo posible, incrementarse.

